



Roj: **SAP MU 739/2019 - ECLI: ES:APMU:2019:739**

Id Cendoj: **30016370052019100128**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cartagena**

Sección: **5**

Fecha: **12/03/2019**

Nº de Recurso: **5/2019**

Nº de Resolución: **48/2019**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **JOSE FRANCISCO LOPEZ PUJANTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

SENTENCIA: 00048/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCION 5ª - CARTAGENA

ROLLO Nº 5/2019 (PENAL)

D. MATÍAS M. SORIA FERNÁNDEZ MAYORALAS

D. JUAN ÁNGEL PÉREZ LÓPEZ

D. JOSÉ FRANCISCO LÓPEZ PUJANTE

Magistrados

En Cartagena a 12 de marzo de 2.019.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, compuesta por los Ilustrísimos Señores citados

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A Nº 48

Vista, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, integrada por los Iltsmos. Sres. expresados, la causa procedente del Juzgado de lo Penal nº 3 de Cartagena, seguida en el mismo como Juicio Oral núm. 178/2018, dimanante del procedimiento abreviado nº 13/2017 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de San Javier (Rollo nº 5/2019), por un delito contra la integridad moral, contra Dña. Magdalena, representada por la Procuradora Sra. Posadas Molina y defendida por la Letrada Sra. García Sidrach de Cardona, y frente a Dña. Maribel, representada por la Procuradora Sra. Campos Martínez y asistida del Letrado Sr. Berros Fonbella, e interviniendo como acusación particular Dña. Miriam, representada por la Procuradora Sra. López Sánchez y asistida del Letrado Sr. González López, así como por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción pública, siendo partes en esta alzada, como apelante, la citada Magdalena y, como apelado, la acusación particular y el Ministerio Fiscal. Ha sido **Magistrado ponente** el **Il'tmo. Sr. D. JOSÉ FRANCISCO LÓPEZ PUJANTE**, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero : El Juzgado de lo Penal nº 3 de Cartagena, con fecha 3 de diciembre de 2.018, dictó Sentencia en los autos de que este rollo dimana declarando probados los siguientes hechos:

"Se dirige la acusación contra Magdalena y Maribel, mayores de edad y sin antecedentes penales.



La acusada Magdalena , con ánimo de vejar, humillar y perturbar la tranquilidad de Miriam , utilizando fotografías de ésta que obtuvo de su **perfil** público de facebook y su número de teléfono que figuraba en la web profesional publica de la perjudicada, creó sin su consentimiento ni su conocimiento, dos **perfiles** en una página web de contactos para que una pluralidad de hombres la llamaran solicitando tener citas con ella, en concreto, en la

página web www.amoresporádico.com (red social para buscar pareja sin compromiso y encuentros esporádicos).

Así, el día 3 de marzo de 2016, (sobre las 21:25 horas) creó un **perfil** en dicha página web utilizando una fotografía de la cara de Miriam en la que se la identificaba sin ningún género de dudas, aportando los siguientes datos de registro:

-apodo/nick de usuario: DIRECCION000

-edad:36 años

-país-provincia: España, Alicante.

-email: DIRECCION001

-texto de presentación en el **perfil**: "si tú supieras lo que yo he esperado para encontrarte"

El día 25-3-16 (sobre las 14:25 horas) creó otro portal en dicha página web utilizando otra fotografía de la cara de Miriam en la que igualmente se la identificaba sin ningún género de dudas, aportando los siguientes datos de registro:

-apodo/nick de usuario: DIRECCION002

-edad:36 años

-país-provincia: España, Alicante.

-email: DIRECCION003

-texto de presentación en el **perfil**: "quiero hombres y no niños".

Igual mente en fecha no determinada la acusada Magdalena creó u **perfil** en la red social Facebook utilizando la misma fotografía que utilizó el 25-3-16 en la web www.amoresporadico.com haciendo constar como titular del **perfil** un nombre ficticio (Bernarda).

La acusada creó estos **perfiles** utilizando la conexión a internet de que era titular su madre, Carina contratada con Telefónica de España SAU, para el domicilio sito en CALLE000 NUM000 , NUM001 de Carbayin (Siero)

Asturias siendo la IP para registrarse el 3-3-16 NUM002 y el 25-3-16 NUM003 .

No queda acreditada la participación de la acusada Maribel en estos hechos

A consecuencia de estos hechos la perjudicada recibió 4/5 llamadas durante 3/4 días siguientes a la creación de cada **perfil**, de hombres que querían quedar con ella para un encuentro esporádico, sufriendo por ello padecimientos psíquicos como consecuencia de la intranquilidad y desasosiego que tales hechos le causaron."

Segundo : En el fallo de dicha resolución, tras absolver a Dña. Maribel , se condenaba a Dña. Magdalena como autora de un delito contra la integridad moral previsto en el art. 173.1, con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño, a la pena de nueve meses de prisión, accesorias legales, prohibición de comunicación y aproximación a Dña. Miriam a menos de 300 metros por dos años y seis meses, a que indemnice a ésta última en la cantidad de 3.000 euros, y al pago de la mitad de las costas procesales.

Tercero : Contra la anterior Sentencia, en tiempo y forma, se interpuso, para ante esta Audiencia Provincial, Sección Quinta, RECURSO DE APELACIÓN por la Procuradora Sra. Posadas Molina, en nombre y representación de Dña. Magdalena , que fue admitido en ambos efectos, y por el que se expuso por escrito y dentro del plazo que al efecto le fue conferido, la argumentación que le sirve de sustento, dándose seguidamente a la causa, por el Juzgado de primer grado, el trámite dispuesto por los artículos 790 y 803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , con traslado del escrito de recurso a las demás partes personadas para impugnación y plazo común de cinco días, remitiéndose seguidamente los autos a este Tribunal, formándose el correspondiente rollo, con el nº 5/19, que ha quedado para Sentencia sin celebración de vista, habiéndose señalado la deliberación, votación y fallo en el día 12 de marzo de 2019.

Cuarto : En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.



HECHOS PROBADOS

Único : Se aceptan los hechos declarados probados por la Sentencia apelada, debiendo tenerse por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero : Se interpone recurso de apelación por la condenada como autora de un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del CP , alegando la recurrente, en primer lugar, la existencia de error en la valoración de la prueba pues no se ha practicado prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, no concurriendo la ausencia de incredibilidad subjetiva, persistencia en la incriminación, ni la corroboración periférica necesarias para que la declaración de la perjudicada pueda desvirtuar dicha presunción.

Segundo : Es necesario adelantar que, en relación a los hechos probados y a la calificación jurídica de los mismos, esta Sala comparte los acertados razonamientos de la sentencia apelada, haciéndolos suyos e incorporándolos al texto de la presente resolución, lo que ya anticipa la desestimación de ambos motivos.

En tal sentido nuestro *Tribunal Supremo en Sentencias de 4 de octubre de 1999 y 26 de junio de 1998* , entre otras, señala que para poder apreciar en el proceso penal una vulneración del principio a la presunción de inocencia se requiere que en la causa exista un vacío probatorio sobre los hechos que sean objeto del proceso, o sobre alguno de los elementos esenciales de los delitos enjuiciados, pese a lo cual se dicta una sentencia condenatoria. Si, por el contrario, se ha practicado en relación a tales hechos o elementos, actividad probatoria revestida de los requisitos propios de la prueba de cargo, con sometimiento a los principios de oralidad, contradicción e inmediación, no puede estimarse la violación constitucional basada en la presunción de inocencia, pues las pruebas así obtenidas son aptas para destruir dicha presunción, quedando sometidas a la libre y razonada valoración del Tribunal de Instancia, a quien , por ministerio de la ley, corresponde con exclusividad dicha función (*artículos 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 117.3 de la Constitución Española*).

Y, en el presente supuesto, el Juzgador de instancia ha contado con material probatorio suficiente para destruir tal presunción. En primer lugar, porque frente a lo alegado en el recurso, la relación sentimental que mantuvieron la acusada Dña. Magdalena y el Sr. Jeronimo (exmarido de la perjudicada) tuvo lugar muchos años antes de que tuvieran lugar los hechos enjuiciados, tal y como reconocen aquéllos, sin que Dña. Miriam conozca personalmente a la acusada, por lo que parece difícil entender que pueda concurrir un ánimo de venganza o similar susceptible de restar credibilidad a su declaración. No obstante, como se verá a continuación, no es la declaración testifical de Dña. Miriam la única prueba con la que la juez "a quo" fundamenta la condena. En este sentido y de igual modo, tampoco puede entenderse que no concurra una corroboración periférica de su declaración, pues la testifical del Sr. Jeronimo (que cesó su relación con Dña. Miriam) corrobora la versión de ésta, como también la del Guardia Civil que intervino en el atestado y, sobre todo, la propia declaración de la acusada, que reconoce haber creado los **perfiles** falsos con la fotografía de la perjudicada.

Sobre esto último, se alega en el recurso que no es cierto que Dña. Magdalena reconociera los hechos, puesto que aún reconociendo que creara los **perfiles**, "no reconoció haber hecho ningún uso de ellos", que los mismos estaban "inactivos" y que nunca recibió ningún contacto de terceros a través de ellos. Sin embargo, el alegato contradice la propia manifestación de Dña. Magdalena en el acto del juicio, al manifestar que conocía los hechos de que se le acusaba, y que reconocía los mismos, siendo totalmente compatible las declaraciones de la perjudicada y su exmarido, por una parte, con la creación de los **perfiles** falsos por parte de la acusada, no siendo necesario a la vista de todo ello que, además, se aportara por la acusación el listado de llamadas recibidas o la grabación de las conversaciones.

Tercero : Se alega también en el recurso vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de haber formulado el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales una calificación alternativa de los hechos (por delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP y por ciberacoso del art. 172.ter.1.2 CP) sin haberse decantado luego, al elevarlas a definitivas tras la prueba practicada, por una de ellas, pretensión que está igualmente avocada al fracaso, pues la defensa conocía dicha calificación alternativa con anterioridad al juicio, habiendo podido proponer los medios de prueba que ha considerado pertinentes para defenderse del relato de hechos, el cual, ha permanecido invariable; por otra parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé, incluso, el cambio de la tipificación penal de los hechos (art. 788.4), con la posible solicitud de suspensión del acto y aportar prueba por parte de la defensa.

Alega también el apelante que los hechos carecen de anclaje en el art. 173.1 del Código Penal , pues no se consignó ningún dato personal de la perjudicada en los **perfiles**, salvo -supuestamente- el número de teléfono,



aunque no consta de la documental aportada que así fuera, además, según las manifestaciones de la propia perjudicada, las llamadas de terceras personas tenían por objeto quedar para tomar café con aquella, por lo que no se aprecia contenido vejatorio. Al respecto, la sentencia apelada razona de forma clara y más que suficiente porqué los hechos deben ser subsumidos en el delito contra la integridad moral, descartando las otras calificaciones posibles y aludiendo a la jurisprudencia que en casos similares ha calificado los hechos de igual modo, siendo intrascendente a estos efectos si los datos expuestos en los **perfiles** pertenecían o no a la intimidad de la perjudicada (al descartar el delito de revelación de secretos del art. 197.2 CP), e incluso el si las llamadas tenían un contenido sexual explícito, pues la sentencia no señala expresamente que así fuera, refiriéndose el relato de hechos probados a "citas" y "encuentro esporádico", bastando esto, y el hecho de comprobar la perjudicada los **perfiles** con su fotografía en una página de contactos y en facebook para generar los padecimientos psíquicos, intranquilidad y desasosiego que la sentencia tiene por acreditado.

Cuarto : Sobre esto último, se impugna también en el recurso la condena al pago de la responsabilidad civil, aludiendo a que la sentencia rechaza la validez de los informes del forense y del perito Sra. Sonsoles y que la única documental aportada como prueba por la acusación particular es la historia clínica de la perjudicada, en la que constan cuatro episodios por ansiedad, de los que sólo el último coincide con la fecha en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados.

Pero precisamente porque la juez "a quo" no acoge las consideraciones contenidas en los informes forense y psicológico de la Sr. Sonsoles, rechaza una mayor indemnización a la que establece, separando la intranquilidad y desasosiego generados por los hechos enjuiciados de otros posibles factores ajenos a tales hechos; por otra parte, la impugnación formulada por la apelante resulta incluso contradictoria con su postura anterior al Juicio y durante el mismo, pues la acusada -y apelante- consignó 1.500 euros como reparación parcial del daño, reconociendo así la existencia del mismo.

Quinto : Por último, se impugna la condena al pago de la mitad de las costas de la acusación particular, alegando que la disparidad entre el delito por el que acusaba dicha parte con respecto al que ha sido acogido en sentencia, la diferencia de pena y de responsabilidad civil.

Respecto a las costas de la acusación particular, deben entenderse incluidas en la condena en costas, habiendo declarado el Tribunal Supremo que el pago de las costas de la acusación particular debe corresponder a los procesados como regla general, salvo supuestos excepcionales en los que la intervención de la parte haya sido notoriamente superflua, inútil e incluso perturbadora, lo que no ha sido el caso, sosteniendo dicho Alto Tribunal un criterio sobre la relevancia de su actuación que se ha ido relajando y matizando en sus sucesivas sentencias hasta poderse calificar de prácticamente abandonado, en pro de una postura ampliamente favorable a su inclusión, como se reconoce, entre otras, en STS 2ª, S 25-01-2001, núm. 1980/2000, rec. 3869/1998. Se señala así en la STS 2ª, de 25-01-2001 que la inclusión en la condena en costas de las originadas a la víctima o perjudicado por el delito, que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses y en ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a la asistencia letrada, constituye la aplicación última al proceso penal del principio de la causalidad, siendo el efecto de este principio el resarcimiento por la condenada, declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses.

Aplicando lo anterior al presente caso, aunque la condena es, desde luego, por un delito distinto al que fue objeto de calificación por parte de la acusación particular, desde el punto de vista del bien jurídico afectado por uno y otro delito (la intimidad y la integridad moral), la diferencia no es tanta, no pudiendo hablarse de una "absoluta heterogeneidad" (como señala el Tribunal Supremo en algunas sentencias), y la intervención de dicha acusación particular en el acto del juicio y en la instrucción no puede calificarse de superflua.

Sexto : Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de apelación interpuesto y la confirmación de la Sentencia apelada, declarando de oficio las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Posadas Molina, en nombre y representación de Dña. Magdalena, contra la Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Cartagena en el procedimiento de Juicio Oral nº 178/2018, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta alzada.



Notifíquese esta Sentencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , informando de que contra la misma no cabe recurso, y, con certificación de la presente para su ejecución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, dictada en el Rollo de Apelación Penal núm. 5/2019, de la que se llevará testimonio al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ